



<b>Title</b>	<b>Commentaries on the WTO Dispute Settlement System III</b>
<b>Author(s)</b>	<b>Gao, HS</b>
<b>Citation</b>	<b>Economic &amp; Trade Update, 2004, v. 13 n. 7, p. 73-75</b>
<b>Issued Date</b>	<b>2004</b>
<b>URL</b>	<b><a href="http://hdl.handle.net/10722/74710">http://hdl.handle.net/10722/74710</a></b>
<b>Rights</b>	<b>Creative Commons: Attribution 3.0 Hong Kong License</b>

# WTO 争端解决机制漫谈(之三)

高树超 / 文

按照成立WTO协定的规定,WTO有三大职能,即贸易谈判,贸易政策审议和争端解决。对于前两个功能,有关报道常常见诸报端。而对于WTO的争端解决功能,许多人却了解不多。作为首名在WTO瑞士日内瓦总部工作的中国律师,高树超博士对于WTO的争端解决机制有着独到的认识。在本文中,高博士承接上期,结合WTO争端解决机制的新动向,继续给大家介绍WTO争端解决机制的各个方面。

2004年6月1日,路透社源自墨西哥城的消息指称:美国和墨西哥两国政府于此间证实,它们已就有关问题达成协议,以解决两国间关于国际电讯服务的纠纷。该协议将于不日公布。

消息所指的美墨两国关于电讯服务的纠纷,是美国诉墨西哥有关电讯措施一案(Mexico - Measures affecting Telecommunications Services, 编号为DS204)。该案的专家组报告已于2004年4月2日向世贸组织各成员公布。既然是非已断,那么为什么美墨两国还要就此问题达成协议呢?原来,依据“关于争端解决程序与规则的谅解”(以下简称“谅解”)第16条的规定,在专家组向各成员公布其报告60天内,除非某一当事方正式向争端解决机构声明其决定上诉,或者争端解决机构一致决议不通过该报告,则该报告应在争端解决机构会议上予以通过。也就是说,专家组报告在公布之后,等待它的只有通过、不通过和上诉三种可能。这其中最难实现的一种可能是不通过。因为世贸组织建立之后,吸取关贸总协定后期众多专家组报告不能通过而沦为具文的教训,建立了所谓“反向共识决”(Reverse Consensus Rule)的决策制度,即除非所有与会成员都同意不通过该报告,该报告即获通过。换句话说,只要有一个与会成员同意通过该报告,该报告即应被通过。而每案之中的获胜一方当然希望通过专家组

报告。因此,自世贸组织成立以来,还从来没有专家组报告未获通过的先例。另一种可能是上诉。但既然美墨两国已就此达成了协议,那么自然任何一方也不会上诉了。因此,剩下的只有一种可能,即通过专家组报告。果不其然,根据同日从世贸组织发来的消息,争端解决机构已决定通过该案的专家组报告。

证实了这个消息之后,笔者不禁如释重负。因为既然该案已经尘埃落定,那么笔者作为曾经参与此案审理的一员,自然也不用像以前那样,面对众多报章的询问,充耳不闻,三缄其口了。当然,正如谅解第14条所指出的,“专家组对案件的评议情况应保密”。笔者在此无意违反当初在世贸组织秘书处就任时所签署的保密誓词,但是,笔者在本文中就此案所揭示的世贸组织争端解决机制的一些普遍性问题略加探讨,应该是不违反这种保密义务的。

自从2000年8月17日,美国就此案在世贸组织向墨西哥提起磋商请求以来,此案就成为全世界世贸法专家、竞争法专家乃至电讯专家们关注的焦点。究其原因,一个是因为该案是第一个纯粹涉及服务贸易总协定的案例。在此之前,虽然也有几个案件(如加拿大-期刊案,欧共体-香蕉案之三,加拿大-汽车案)等涉及到服务贸易协定,但这些案件都是以关于货物贸易的关贸总协定之下的法律问题为主,

因此并没有对于服务贸易总协定之下的法律问题进行深入探讨。而本案的问题,则纯属服务贸易的范畴,因而涉及到许多崭新的问题,例如如何定义四种服务提供模式(modes of supply)之一的跨境提供(cross-border supply)如何定义服务,如何解读特别承诺(specific commitments)等等。另一个则是因为该案涉及到如何解读基础电讯参考文件(Reference Paper on Basic Telecommunications)第一条中有关竞争保障(competitivesafeguards)规定的问题。这里一个关键性的词是第一款中的“妨碍竞争行为”(anti-competitive practices)。尽管在世贸组织,成员们曾对“限制性商业行为”(“restrictive business practices”)进行过讨论,并曾对贸易与竞争政策的关系问题进行谈判;但是,世贸组织的法律文件并未对“妨碍竞争行为”做出明确定义。因此,专家组在本案中也要涉足竞争法的范畴。第三个则是因为本案是世贸组织第一个关于电讯产业的案件。电讯服务业在乌拉圭回合谈判时,首次纳入关贸总协定以及后继的世贸组织的规范体系。当时美欧等发达国家极力要将电讯服务纳入多边贸易协定的规则体系,其本意就是凭借其在这些领域的竞争优势,扩充它们在这些行业的贸易。后来部分世贸成员更是专门就基础电讯服务进行谈判,于1997年达成进一步深化基础电讯服务开放的协议。当

时墨西哥也参与了基础电讯谈判,并根据其所作承诺,于同年开放其电讯市场。当时墨西哥的电讯市场只有120亿美金,但其人均固定电话占有率极低,只有11%,因而极具发展前途。例如在整个90年代墨西哥的电讯市场就以超出其他经济部门4倍的速度增长。同时,美国和墨西哥之间的国际长途电讯服务市场是世界第二大市场。墨西哥也是美国最为重要的贸易伙伴之一,1999年更超过日本而成为美国第二大贸易伙伴。而由于电讯在现在社会中的支柱性作用,掌握了电讯业就等于获得了对商贸发展的控制权。此外,墨西哥同拉丁美洲诸国语言、文化、生活习惯等相若,是进军拉丁美洲的桥头堡。因此,美国的电讯业巨头如美国电话电报公司(AT&T)、世界电讯公司(MCI WorldCom)都纷纷打入墨西哥市场。但后来投资收益未如理想,因此它们以墨西哥违反其在世贸组织的承诺为借口,以迫使其进一步开放其电讯市场。抛开墨西哥本身的电讯市场不论,本案所确立的对于电讯服务附件和基础电讯参考文件的解释,以及对墨西哥关于电讯服务特别承诺的解读方式,必然会对将来世贸组织专家组和上诉机构对此类文件的解读产生影响。此外,美国电讯公司对世界上不少国家,尤其是电讯市场还处在开创和初期发展阶段的许多发展中国家觊觎已久,而这些发展中国家很多都在世贸组织中做出了关于电讯服务的承诺,因此,美国提起此案,颇有些杀鸡骇猴的意味。正因如此,当初笔者在上诉机构秘书处的同事在获悉我将调至服务贸易司(Trade in Services Division)任职,协助专家组处理此案时,半是调侃半是认真地说:“他们知道你太能干了,所以才挖你过去对付这个棘手的案子。”此语虽是玩笑,却也说明了此案的重要性。

在电讯公司的压力下,美国贸易代表屡次与墨西哥有关机构磋商未果,遂于2000年8月17日,在世贸组织向墨西哥提起磋商请求。墨西哥回应请求,于2000年10月10日同美国展开磋商,

但是没有达成解决方案。美国遂于2000年11月10日请求争端解决机构就此案成立专家组。同日又向墨西哥要求进一步磋商。该磋商于2001年1月16日展开,但仍未解决问题。美国遂于2002年2月13日,再次要求争端解决机构成立专家组。争端解决机构于2002年4月17日开会,成立此案专家组。

这里有两点值得玩味。一是美国虽早在2000年8月就提起磋商请求,但专家组却迟至2002年4月才成立。依谅解第四条7款规定,如果在收到磋商请求之后的60天内未能经磋商解决争端,起诉方可要求设立专家组。该款同时规定,如果进行磋商的所有当事方一致认为磋商无法解决该争端,起诉方可在60天期限内提出成立专家组的请求。从实践中来看,当事双方一致认为磋商无法解决争端,而不待60天结束即同意成立专家组的很少,一般都是在60天结束之后才成立专家组。但本案中,美国从提起磋商请求到成立专家组的时间大大超过了60天。由此可见,在成立专家组的时间安排上,除了需遵守60天的最低时限外,起诉方具有绝对的控制权。比如在本案中,美国就可以在2000年11月请求成立专家组的同时,要求同墨西哥进一步磋商。当然,美国此举,或许也是由于认识到其要求成立专家组的请求必会遭致墨西哥反对而无法通过,因而做个顺水人情,藉由请求成立专家组的压力,迫使墨西哥与其进一步谈判。目前坊间谈及世贸组织争端解决机制对于关贸总协定之下机制的突破,往往提到在世贸组织新机制下,专家组的成立也是采取反向共识决。需要注意的是,同前述通过专家组报告时不同的是,这里的反向共识决只是在该请求列入争端解决机构议事日程的下次会议上作为决策机制适用。也就是说,在该请求首次列入争端解决机构议事日程的那次会议上,并不适用反向共识决的决策机制。恰恰相反,依谅解第二条4款规定,在争端解决机构循本谅解的规则和程序之规定作出决定时,应以共识决(consensus)的方式进行。而

按照该条的注释,如果在争端解决机构作出决定之会议上,没有成员就拟议之决定正式提出反对意见,则应认为争端解决机构已就该事项达成共识。也就是说,只要有一个成员反对,则该决议就不能通过。因此,在实践中,被起诉方一般都会在成立专家组请求首次列入争端解决机构议事日程会议上反对成立专家组。因此,这也是为什么美国在2002年2月再次提请成立专家组,但该专家组却迟至该年4月才成立的原因。

专家组的成立,并不意味着案件就可以立即开始审理。同世界各国国内法中的法院不同的是,世贸组织并没有一个常设的专家组。恰恰相反,每个专家组都是临时(ad hoc)组成的。依谅解第八条规定,世贸组织秘书处存有一份可作为未来专家组成员的指示性名单,并依此名单向争端各方推荐专家组人选。对于专家组指示性名单,在本专栏5月号已详细论述,在此不再赘述。从实践中来看,具体案件中的三名专家组人员,多由世贸组织秘书处法务司司长会同与该案涉及事项有关的秘书处各司司长商定。同时,秘书处也会咨询涉案各方希望以何种方式遴选专家组成员,并依此标准提名专家组候选人。如果涉案各方对此提名不满,那么秘书处往往会重新提名并再次征询涉案各方意见。依谅解第八条规定,如无极具说服力之理由(compelling reasons),争端各方不得反对秘书处之提名。但这个规定过于原则,并没有说明那些理由可算是极具说服力之理由,因此,在实践中常常被各成员滥用,而成为被起诉方拖延时间的又一工具。为了解决这个问题,谅解同条规定,如在专家组成立之20天内,争端各方未能就专家组成员人选达成协议,则在任一当事方请求下,世贸组织总干事应任命专家组成员人选。虽然谅解同时也规定了总干事在任命专家组成员人选时,应咨询涉案各方之意见。但在这里,它们的作用仅限于咨询而已,最终决定权还是在总干事。而从实践中来看,总干事日理万机,不





作者简介:高树超 英国伦敦大学法学硕士 美国范德比尔特大学法学博士。曾任WTO上诉机构秘书处实习律师及WTO秘书处服务贸易司顾问,参与审理多起在WTO提起的争端。现任教于香港城市大学法学院 兼任北京WTO事务中心法律专家及WTO亚太地区贸易政策培训中心客座教授。

可能对专家组成员的人选问题上太工夫。所以往往还是由秘书处提名,而总干事仅是走走程序而已。

在本案中,美国和墨西哥也没有在20天内就专家组织人选达成一致。美国遂于2002年6月16日,请求总干事决定专家组人选。同月26日,总干事任命原籍德国,现居于意大利的Ernst-Ulrich Petersmann教授,原籍智利,现居于美国的Wellenius先生,以及来自香港的谭志源先生为该案专家组成员。在这三人中,Petersmann教授可以说是当今世界上关于世贸组织争端解决制度的头号专家。他先入德国政府服务,后来作为关贸总协定秘书处所招募的第一名律师,负责关贸总协定下的各项贸易纠纷。后来关贸总协定秘书处决定设立法务司,与他的努力是分不开的。因此,正像世界贸易法圈内习惯尊称美国的杰克逊教授为“关贸总协定之父”一样,尊称Petersmann教授为“世贸组织争端解决之父”似乎也不为过。由此看来,他对世贸组织的争端解决机制可以说是游刃有余。也正因如此,他同时被任命为该案专家组主席。但是本案除了涉及争端解决外,更涉及到服务贸易总协定,而服务贸易总协定是乌拉圭回合谈判的新生事物,因此,他对于后者,就没有那么得心应手了。而来自香港的谭志源先生曾长期代表香港参与其在关贸总协定及世贸组织的谈判,因此,他熟悉各国政府在谈判中的立场,正可以弥补Petersmann教授的不足。此外,依谅解附件二中所提及,由服务贸易理事会于1995年3月1日通过的“关于服务贸易总协定某些争端解决程序的之决定”之第四条规定,如一案件涉及某一特定服务部门,则该案专家组

应对该服务部门具有专业知识。而本案专家组的第三位成员Wellenius先生,则是世界知名的电讯专家。

既然专家组拥有这么强大的阵容,似乎下一步就是坐等他们大显身手了。但事实上,正如本文在前面所讲到的,由于专家组是临时性的,因此其成员一般都有正当职业而不会在该案审理期间一直呆在日内瓦。而世贸组织一般只在专家组成员在日内瓦时才会提供其旅费及生活费,同时,世贸组织成员无需缴纳诉讼费,一应案件审理费用由世贸组织承担,而世贸组织由于经费所限,一般会尽量减少专家组成员在日内瓦逗留的时间。因此,为了保证案件的审理不会因专家不在日内瓦而中断,谅解第27条规定,世贸组织秘书处负责向专家组就该案所涉及的法律、沿革、程序等事项提供帮助,同时还提供秘书和技术支持。在实践中,世贸组织秘书处往往从法务司(Legal Affairs Division)以及管辖该案所涉及专业事项的司各派一名代表组成。世贸组织秘书处分为多个司,其中除了服务贸易司和与贸易有关的知识产权司外,都并非按照世贸组织的各个协定来分工。因此,一般人即使知道了案件涉及事项,也并不一定能立刻判断是由哪个司负责的。比如涉及所谓两反一保(即反倾销、反补贴及保障措施)的案件就主要是有世贸组织的规则司(Rules Division)处理的。在本案中,法务司派出了一名法务官(legal affairs officer)和实习律师处理此案;而负责该案的专门司是服务贸易司。由于这是第一个专门涉及服务贸易的案件,服务贸易司极端重视,在司长的带领下,由两名参赞(counselor),一名法务官和笔者专门负责此案。从分工上

来看,法务司的代表多就世贸组织法的问题提供咨询意见,而专业司多就该案的专业问题提供咨询意见。从严格法律角度来讲,秘书处工作人员所提供的这种专业意见仅供专家组参考,最终决定还是要由专家组来做。但从实践中来看,秘书处工作人员大多长时间在秘书处服务,他们的资历、经验和专业知识是很少专家组成员可以比拟的。比如在本案中,服务贸易司的两名参赞,一名是曾在世贸组织上诉机构及服务贸易司工作多年的高级国际官员,并曾任某世界级大律师行全球业务部主席;另一名则是世贸组织首屈一指的电讯专家,曾全程参与了乌拉圭回合以及以后关于电讯的谈判。因此,专家组完全不可能对他们的意见充耳不闻。当然,专家组成员也有强势和弱势之分。依笔者看来,世贸组织大部分案件的专家组成员是弱势的:他们并非全职从事世贸组织争端解决,也不会永远呆在日内瓦,专业知识又不如秘书处人员,自然乐得做个顺水人情,任由秘书处代行其职。只有一小部分精通世贸组织法的专家组成员是强势的。本案中的Petersmann教授就是如此。由于他本人对于世贸组织法了如指掌,对于许多问题都有一套见解,因而在本案的许多程序性和实质性问题上都同秘书处掣肘,甚至有几回同秘书处人员吵得不可开交。受保密誓词所限,笔者无意在此披露这些摩擦的细节以及对谁是谁非作出评论。但无论如何,正如美国哈佛大学Weiler教授所指出的,如果有谁真的认为世贸组织秘书处的作用是仅限于向专家组就该案所涉及的法律、沿革、程序等事项提供不偏不倚的帮助的话,那纯粹是自欺欺人。